

O caso Rhône-Poulenc

Formação de cartel pela fixação de cotas de produção

Paulo Adyr Dias do Amaral*

I – Julgamento em primeiro grau: a decisão da comissão das comunidades europeias

O caso Rhône-Poulenc S.A. teve origem na Decisão 86/398/CEE, da Comissão das Comunidades Europeias, de 23/04/1986, relativa a um processo para aplicação do art. 85 do Tratado de Roma (IV/31.149 – Polipropileno). Referido dispositivo, que hoje corresponde ao art. 81, dispunha, à época:

Art. 85

1. São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em:

a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;

b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;

c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;

d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;

e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

Os fatos são narrados, na decisão, nos seguintes termos:

Parte II

Os factos

(1)

A presente decisão vem na sequência de diligências de instrução efectuadas em outubro de 1983, ao abrigo do n. 3 do art. 14g. do Regulamento 17, junto da maior parte dos produtores

de polipropileno termoplástico bruto que abastecem o mercado comunitário. No decurso dessas diligências, a Comissão descobriu documentos que provam que a maioria dos fornecedores de polipropileno na CEE participava regularmente, aproximadamente desde o final de 1977, num sistema institucionalizado de reuniões organizadas entre representantes dos produtores. Ao nível de dirigentes e directores técnicos (ou assim chamados nas reuniões de «patrões» e «peritos»). No decurso dessas reuniões, que vieram a realizar-se duas vezes por mês, e que eram complementadas por reuniões locais *ad hoc* organizadas nos diversos Estados-membros, os produtores elaboraram um sistema de *regulação anual dos volumes de produção*, tendo em vista *repartir o mercado disponível* em conformidade com os objectivos acordados, sob a forma de percentagens ou quantidades, e fixaram periodicamente objectivos de preços aplicados no quadro de um sistema dito de iniciativas em matéria de preços. Os quatro produtores principais — ICI, Hoechst, Montepolimeri e Shell (não assistindo esta última às reuniões periódicas de patrões ou de peritos) — formavam uma direcção oficiosa conhecida pelo nome de «quatro grandes», que se propunha dirigir e encorajar os produtores mais pequenos na realização dos diversos esquemas¹.

A Rhône-Poulenc S.A. é mencionada na decisão como uma das empresas a tomar parte na infração, conquanto se reconheça que sua participação no mercado não é tão significativa em face dos quatro grandes produtores: Montepolimeri, Hoechst, ICI e Shell que, conjuntamente, detêm cerca de 50% do mercado comunitário do polipropileno (64% em 1977).

Verificado que, em momento inicial, houve “acordo sobre os preços mínimos” e comprovado o

*Mestre em Direito Tributário – UFMG. Doutorando em Direito Público – UFMG. Diretor de Cursos da Associação Brasileira de Direito Tributário – Abradt. Professor nos Cursos de Especialização em Direito Tributário do Centro de Estudos da Área Jurídica Federal – CEAJUFE e da Escola Superior da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – ESPGFN (em convénio com a Fundação Getúlio Vargas). Disponível em <<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31986D0398:PT:HTML>>. Acesso em 10/12/2005.



sistema de “reuniões periódicas”, consta: “a Rhône-Poulenc transferiu os seus interesses ligados ao polipropileno para a BP em finais de 1980 e deixou de assistir às reuniões”. Entretanto, é ressalvado: “a Comissão admite que a BP e a AMOCO, filial de um produtor americano de petróleo, não tenham assistido às reuniões. No entanto, existiam determinadas trocas de informações entre estes dois produtores e os restantes sobre questões tais como as iniciativas em matéria de preços e as quotas, que tinham sido discutidas nas reuniões”.

Sustentou-se, ainda: “Para realizar as iniciativas entre si acordadas, os produtores delinearão várias formas de acção concertada (ver ponto 27), que tinham por objectivo essencial aumentar os preços em uma ou mais «fases» decisivas, e não por uma subida generalizada”, descritas, mais adiante, nos seguintes termos:

As medidas acordadas em diversas datas nas reuniões, para ajudar a efectivação dos níveis fixados como objectivos, incluíam nomeadamente:

- instruir os serviços de venda para renunciarem ao volume em vez de cederem nos preços,
- a restrição de vendas efectuadas por cada produtor a fim de as trazer ao nível de determinado período anterior; foi assim que em finais de 1979, se acordou que cada produtor restringiria, ao longo do último trimestre do ano, as suas vendas mensais até 1/12 de 80 % da quantidade vendida no decurso do ano anterior,
- o desvio dos fornecimentos, que seriam enviados, na medida do possível, para os mercados ultramarinos, a fim de criar na Europa uma penúria favorável ao aumento dos preços,
- a troca de informações sobre os objectivos de encerramento temporário de fábricas, susceptíveis de contribuir para uma redução da oferta global,
- o facto de os produtores que não abastecessem regularmente determinado cliente lhe oferecerem, se contactados, preços um pouco mais elevados do que o objectivo, para evitar o perigo de «clientes turistas» (isto é, clientes que vão a um novo fornecedor na esperança de obter um preço mais favorável do que o pedido pelo seu fornecedor habitual),
- comunicação, aos poucos produtores que não assistiam às reuniões, do resultado de certa reunião, tendo em vista persuadi-los a alinharem mais estreitamente os seus preços pelos do «club» ou a conseguir, de qualquer outro modo, que

apoiassem uma iniciativa em matéria de preços,

– a partir de setembro de 1982, um sistema conhecido por Account Management ou posteriormente e de forma mais refinada, Account Leadership (Account = cliente), que assegurasse a aplicação efectiva de um aumento acordado, designando um fornecedor que coordenaria (secretamente) as relações com um cliente específico.

Ao longo de toda sua fundamentação, a decisão deixa claro que a participação da Rhône-Poulenc nos acordos teve significação menor em relação aos “quatro grandes”. É o que se extrai, *v.g.*, do seguinte trecho:

Com excepção dos quatro grandes, é impossível identificar com precisão quais os outros participantes no primeiro acordo sobre os «preços mínimos» concluído em meados de 1977. Contudo, a Hercules, a Linz, a Rhône-Poulenc, a Saga e a Solvay exprimiram o seu «apoio» à iniciativa posterior, de 1 de dezembro de 1977, da Montepolimeri, Hoechst, ICI e Shell. Por conseguinte, a participação de todos estes produtores em acordos colusórios data de 1977, independentemente da data exacta a partir da qual os diversos produtores começaram a assistir. O sistema de reuniões regulares teve início em finais de 1977, mas não é possível determinar a data exacta em que cada produtor individual começou a assistir (6).

A Comissão entendeu que “todo o conjunto de esquemas e de disposições adoptados no âmbito de um sistema de reuniões periódicas e institucionalizadas, constituiu um acordo único e contínuo na aceção do n. 1 do art. 85” do Tratado de Roma. Interessante notar que a própria decisão coloca os seguintes conceitos:

III. Práticas concertadas (86)

A Comissão considera que a prática do cartel, ao basear-se num plano comum e detalhado, constituiu um «acordo» na aceção do n. 1 do art. 85g.

A noção de «acordo» e a de «prática concertada» são distintas, mas pode acontecer que a colusão apresente elementos de uma e outra formas de cooperação ilícita.

A «prática concertada» traduz-se por uma forma de cooperação em que as empresas, sem terem concluído um acordo propriamente dito, substituem conscientemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática.

(87)

O objectivo do Tratado, ao criar um conceito autónomo de prática concertada, é evitar a possibilidade de as empresas fugirem à aplicação do n. 1 do art. 85g., ao procederem de modo colusório e anticoncorrencial, insuficiente, todavia, para constituir um acordo (por exemplo) informando-se previamente quanto à atitude que cada um tenciona adoptar, de maneira a que possam regular a sua conduta comercial, conscientes de que os seus competidores procederão da mesma maneira. (Acórdão do Tribunal de Justiça de 14/07/1972, in Imperial Chemical Industries Ltd -c- Comissão, Processo 48/69 – Colectânea de Jurisprudência 1972, p. 619.)

(Grifou-se.)

Nesse ponto, como se vê, a Comissão concluiu pela prática de “acordo”:

No caso em apreço, a instauração do sistema de reuniões periódicas e a colusão permanente dos produtores tinham por objectivo fundamental realizar subidas de preços por meio de um *conjunto de acordos* e de disposições.

[...]

Os diversos *sistemas de quotas* e outros mecanismos elaborados para conciliar os interesses divergentes dos produtores estabelecidos com os dos mais recentes tinham por objectivo último a criação de condições artificiais de «estabilidade» favoráveis a uma subida de preços.

[...]

O facto de o mercado do polipropileno se ter caracterizado, durante vários anos, pela subutilização das capacidades, causadora de prejuízos para os produtores, não retira ao *acordo* o seu objectivo anticoncorrencial.

(90)

Não é forçosamente necessário demonstrar, para que o n. 1 do art. 85g. se aplique ao acordo, tendo em conta o seu objectivo manifestamente contrário à concorrência, a existência de um efeito prejudicial sobre a mesma.

Todavia, no caso presente, está demonstrado que o acordo teve um efeito sensível sobre as condições de concorrência.

(Grifou-se.)

As particularidades da Rhône-Poulenc foram levadas em consideração:

Alguns produtores que participaram nas infracções aduzidas transferiram as suas actividades no sector para outras empresas: assim, o sec-

tor de polipropileno da ANIC foi absorvido pela Montepolimeri no âmbito de uma reestruturação da indústria italiana dos plásticos, embora a ANIC subsista como empresa. A Comissão não considera que o facto da ANIC ter cedido à Montepolimeri as suas actividades no sector, a liberte das suas responsabilidades devidas às infracções em que participou até ao fim de 1982. O mesmo acontece com a Rhône-Poulenc, que renunciou às suas actividades no sector do polipropileno no início de 1981.

[...]

O caso da Saga Petrokjemí pode distinguir-se do da ANIC e da Rhône-Poulenc. Nestes dois casos, a empresa que cometeu a infracção subsiste enquanto entidade distinta, embora tenha cedido o seu negócio de polipropileno a outros produtores (Montepolimeri e BP). É por esta razão que a Comissão responsabiliza a ANIC e a Rhône-Poulenc pela infracção que cometeram até ao momento em que deixaram de participar no cartel, por terem deixado o sector do polipropileno.

[...]

IX. Duração da infracção

(104)

A participação dos «quatro grandes» – Hoechst, ICI, Montepolimeri e Shell – remonta ao «acordo sobre os preços mínimos» concluído em meados de 1977 e à «iniciativa» da Montepolimeri (então Montedison) no final do mesmo ano.

A Hercules, a Linz, a Rhône-Poulenc, a Saga e a SOLVAY exprimiram abertamente o seu «apoio» à iniciativa de dezembro de 1977, quanto aos preços, em circunstâncias que indicam que elas aderiam e se associavam a um plano comum que ultrapassava de longe decisões comerciais autónomas.

[...]

(105)

A data precisa em que cada produtor começou a assistir às sessões plenárias periódicas não pode ser estabelecida com segurança; em todo o caso, a participação da Hoechst, da ICI, da Montepolimeri, da Shell, da Hercules, da Linz, da Rhône-Poulenc, da Saga e da Solvay no acordo sobre os «preços mínimos» e/ou nas disposições colusórias ligadas à iniciativa de preços de dezembro de 1977, está comprovada e remonta quer a meados de 1977, quer a finais do mesmo ano.

Após toda essa fundamentação, a Comissão passa a se reportar ao antigo Regulamento 17, de 1962, *in verbis*:

Art. 3

Cessação das infracções

1. Se a Comissão verificar, a pedido ou oficiosamente, uma infracção ao disposto no art. 85 ou no art. 86 do Tratado, pode, através de decisão, obrigar as empresas e associações de empresas em causa a pôr termo a essa infracção.

2. Podem apresentar um pedido para este efeito:

a) Os Estados-membros;

b) As pessoas singulares ou colectivas que invoquem um interesse legítimo;

3. Sem prejuízo das outras disposições do presente regulamento, a Comissão pode, antes de tomar a decisão referida no n. 1, dirigir às empresas e associações de empresas em causa recomendações com o fim de fazer cessar a infracção.

[...]

Art. 15

Multas

[...]

2. A Comissão pode, mediante decisão, aplicar às empresas e associações de empresas multas de mil unidades de conta, no mínimo, a um milhão de unidades de conta, podendo este montante ser superior desde que não exceda dez por cento do volume de negócios realizado, durante o exercício social anterior, por cada uma das empresas que tenha participado na infracção sempre que, deliberada ou negligentemente:

a) Cometam uma infracção ao disposto no n. 1 do art. 85 ou no art. 86 do Tratado, ou

b) Não cumpram uma obrigação imposta por força do n. 1 do art. 8º.

Para determinar o montante da multa, deve tomar-se em consideração, além da gravidade da infracção, a duração da mesma.

No que tange à duração da infração, a Comissão Europeia fez registrar:

A infracção foi relativamente longa, uma vez que teve início em 1977. Para efeitos do n. 2 do art. 15, todavia, a Comissão considera que ela só existiu, nas suas formas mais graves, a partir de finais de 1978 e começo de 1979, após a instauração de *sistemas de quotas* ou de controlo de volumes destinados a reforçar as iniciativas em matéria de preços. As reuniões continuaram até, pelo menos, às diligências de instrução efectuadas pela Comissão, e os efeitos do acordo duraram, pelo menos, até à iniciativa em matéria de preços de 1 de novembro. Existem todas as razões para crer que, sem as diligências realizadas, sem aviso prévio,

pela Comissão em outubro de 1983, o cartel teria continuado indefinidamente. Embora não esteja demonstrado que a infracção terminou realmente, a Comissão determinará o montante das multas com base na hipótese de que o cartel só funcionou até finais de 1983.

A Comissão considera que a infracção tem uma gravidade especial e justifica multas substanciais.

(108)

Para determinar o montante das multas, a Comissão baseou-se nas seguintes considerações:

– a colusão em matéria de preços e a *repartição do mercado* constituem em si restrições graves da concorrência.

(Grifou-se.)

Por fim, reconhecendo que a Rhône-Poulenc participou da orquestração por período mais curto que os demais produtores (desde cerca de novembro de 1977 até fim de 1980), concluindo que o acordo e prática concertada em questão se traduziram, principalmente, em *limitação temporária de produção e repartição de mercado*, impôs-lhe multa (500 000 ECUs, ou seja, 3 420 950 FF).

II – Julgamento em Segundo Grau: o acórdão do Tribunal de Primeira Instância

Inconformada, recorreu a Rhône-Poulenc S.A., objetivando a anulação da decisão proferida pela Comissão das Comunidades Europeias. Nesse passo, sobreveio o Acórdão 61989A0001, do Tribunal de Primeira Instância (primeira câmara), de 24/10/1991, sob a epígrafe: Rhône-Poulenc S.A. contra a Comissão das Comunidades Europeias – Concorrência – Noções de Acordo e Prática Concertada – Responsabilidade coletiva. O recurso foi rejeitado, tendo o Tribunal sintetizado sua fundamentação na seguinte Ementa:

Sommaire

1. Pour qu'il y ait accord, au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité, il suffit que les entreprises en cause aient exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée. Tel est le cas lorsqu'entre plusieurs entreprises il y a eu concours de volontés pour atteindre des objectifs de prix et de volumes de vente.

2. Les critères de coordination et de coopération permettant de définir la notion de

pratique concertée doivent être compris à la lumière de la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence et selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun. Si cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, elle s'oppose rigoureusement à toute prise de contact directe ou indirecte entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché.

Constitue une pratique concertée la participation à des réunions ayant pour *objet la fixation d'objectifs de prix et de volumes de vente*, au cours desquelles sont échangées entre concurrents des informations sur les prix qu'ils envisagent de pratiquer, sur leur seuil de rentabilité, sur les limitations des volumes de vente qu'ils jugent nécessaires ou sur leurs chiffres de vente, car les informations ainsi communiquées sont nécessairement prises en compte par les entreprises participantes pour déterminer leur comportement sur le marché.

3. L'article 85, paragraphe 1, du traité ne prévoyant pas de qualification spécifique pour une infraction complexe mais cependant unique, car constituée par un comportement continu, caractérisé par une seule finalité et comportant à la fois des éléments devant être qualifiés d' "accords" et des éléments devant être qualifiés de "pratiques concertées", une telle infraction peut recevoir la qualification d' "un *accord et une pratique concertée*", sans que soit exigée simultanément et cumulativement la preuve que chacun des éléments de fait présente les éléments constitutifs d'un accord et d'une pratique concertée.

4. Rien n'interdit à la Commission de statuer par une décision unique sur une série de violations de l'article 85 du traité auxquelles *les différentes entreprises destinataires n'ont pas participé de manière identique*, à condition que la décision permette à chaque destinataire de dégager avec précision les griefs retenus à son égard².

(Grifou-se.)

²Disponível em: http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=689A0001
1> Acesso em 10/12/2005.

Também o Tribunal esteve atento à diminuta participação da Rhône-Poulenc no mercado:

3 Rhône-Poulenc SA (ci-après "Rhône-Poulenc") faisait partie des producteurs approvisionnant le marché avant 1977. Sa position sur le marché du polypropylène était celle d'un petit producteur, dont la part de marché se situait entre 2,8 et 3%. Elle a abandonné le marché à la fin de l'année 1980 en cédant son affaire de polypropylène à BP Chimie.

Outrossim, a compreensão dos fatos não divergiu daquela revelada no primeiro julgamento:

6 Les éléments obtenus dans le cadre de ces vérifications et demandes de renseignements ont amené la Commission à conclure qu'entre 1977 et 1983, les producteurs concernés avaient, en violation de l'article 85 du traité CEE, par une série d'initiatives de prix, fixé régulièrement des objectifs de prix et élaboré un *système de contrôle annuel des volumes de vente* en vue de se *répartir le marché disponible sur la base de tonnages ou pourcentages convenus*. C'est ainsi que le 30 avril 1984, la Commission a décidé d'engager la procédure prévue par l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 17 et, au cours du mois de mai 1984, elle a adressé une communication écrite des griefs aux entreprises précitées à l'exception d'Anic et de Rhône-Poulenc. Tous les destinataires y ont répondu par écrit.

(Grifou-se.)

A medida da participação da Rhône-Poulenc no acordo foi devidamente dimensionada pelo Tribunal, a exemplo do que já ocorrerá no julgamento da Comissão:

85 Il y a lieu de rappeler que, *à partir de la fin de l'année 1978 ou du début de l'année 1979, la requérante a participé régulièrement aux réunions périodiques* de producteurs de polypropylène au cours desquelles les différents producteurs ont discuté des *volumes de vente* et échangé des informations à ce sujet.

86 Il convient de relever, parallèlement à la participation de Rhône-Poulenc aux réunions, que son nom figure dans différents tableaux (g.g. ann. 55 à 61 et ann. lettre du 3 avril 1985) dont le contenu indique clairement qu'ils étaient destinés à la définition d'objectifs de *volumes de vente*. Or, la plupart des requérantes ont admis dans leurs réponses à une question écrite posée par le Tribunal qu'il n'aurait pas été possible d'établir les tableaux découverts chez ICI, ATO et Hercules

sur la base des statistiques du système Fides, et ICI a déclaré à propos d'un de ces tableaux dans sa réponse à la demande de renseignements (g.g. ann. 8) que "the source of information for actual historic figures in this table would have been the producers themselves" ("la source dont proviennent les chiffres de ce tableau qui correspondent à des chiffres déjà réalisés a dû être les producteurs eux-mêmes"). La Commission était donc en droit de considérer que le contenu de ces tableaux avait été fourni par Rhône-Poulenc dans le cadre des réunions auxquelles elle participait.

(...)

92 Il faut ajouter qu'en raison de l'identité d'objectif des différentes mesures de limitation des volumes de vente — à savoir diminuer la pression exercée sur les prix par l'excès d'offre — c'est à bon droit que la Commission a pu déduire que celles-ci s'inscrivaient dans un *système de quotas*.

93 Il y a lieu de conclure, au vu des considérations qui précèdent, que la Commission a établi à suffisance de droit que la requérante figurait parmi les producteurs de polypropylène entre lesquels sont intervenus des concours de volontés qui portaient sur les objectifs de *volumes de vente* pour les années 1979 et 1980 mentionnés dans la décision et qui s'inscrivaient dans un *système de quotas*.

(Grifou-se.)

É rica, a propósito, a conceituação ofertada pela jurisprudência do Tribunal:

121 En vue de définir la notion de *pratique concertée*, il y a lieu de se référer à la jurisprudence de la Cour, dont il ressort que les critères de coordination et de coopération qu'elle a posés précédemment doivent être compris à la lumière de la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence et selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun. Si cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, elle s'oppose rigoureusement à toute prise de contact directe ou indirecte entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet, soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché (arrêt du 16 décembre 1975, 40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, précité, points 173 et 174).

(Grifou-se.)

E conclui o Tribunal, valendo-se do princípio da *proporcionalidade* na aplicação da pena: "*Il résulte de tout ce qui précède que l'amende infligée à la requérante est adéquate à la durée et à la gravité de la violation des règles de concurrence communautaires constatée à l'encontre de la requérante*".

III – Algumas considerações

A compreensão do fenômeno da *formação de cartel*, como comportamento anticoncorrencial, pressupõe alguns conceitos, a fim de que não se chegue à errônea conclusão (corriqueira em nosso tempo) de que toda *uniformização de preço* é cartel. Aliás, a uniformização de preços não é a única maneira de se formar cartéis (há outras: divisão de mercado, fixação de cotas de produção, atos de concentração etc.). *Harding et Joshua* conceituam:

Cartel: From the French cartel, Italian cartello, an German Kartell: originally a challenge, and then a suspensive arrangement between belligerents for the exchange of prisoners. Hence its meaning as a suspension of hostilities, a truce between combatants, analogous to the American term "trust". It is helpful to understand the modern pejorative meaning of "cartel" as an arrangement of truce, whereby natural rivals come together in uneasy alliance. The term remains subtle and complex, combining elements of cessation of rivalry, unnatural and therefore uncertain collaboration, and, also now, damage to another (broader public interest)³.

Mais adiante, reelaboram essa noção, nos seguintes termos: "*an organization of independent enterprises from the same or similar area of economic activity, formed for the purpose of promoting common economic interests by controlling competition between themselves*"⁴. E ressaltam, por analogia:

Cartel means, in international law, the terms of agreement between belligerents for the exchange or ransom of prisoners. The "cartel" of chivalry meant first of all the terms of a combat, and then simply the challenge; and the second is still its

³ HARDING et JOSHUA, 2003.

⁴ *Op. cit* p., 12.

ordinary meaning on the Continent. By analogy, the word Kartell is now often used by German economists to denote a trust, i.e. an agreement between rival merchants to limit production or otherwise temper the extremity of competition; so in 1889 it was used of the suspension of hostilities between conservatives and liberal parties in view of the common defence of the empire⁵.

Cumpra-se notar, *v.g.*, que o próprio *acompanhamento inteligente do mercado*, orientado pela disputa pelo melhor preço, pode levar a uma uniformização de preços (mas não configura *acordo* ou *prática concertada*, e, por isso mesmo, não é *cartel*). A *Teoria dos Jogos* revela que é natural essa tentativa de prever o comportamento futuro do concorrente. A exigência de autonomia não afasta a *adaptação inteligente ao mercado*, figura que não se constitui em *prática concertada* ou *acordo* (desde que inexistam qualquer tomada de contato direto ou indireto, vale dizer: não pode haver reunião, nem tampouco conversa alguma sobre o assunto, entre concorrentes). É como esclarecem Harding *et* Joshua:

Game theory: A method of predicting the strategies likely to be adopted by independent actors making apparently rational and interest-maximizing choices: an application of mathematical reasoning to situations of conflict and collaboration. The application of game theory to cartel activity occurs, for instance, in relation to the behaviour of suppliers in an oligopolistic market, or the situation of companies deciding whether to blow the whistle and gain the benefits of *leniency*. The latter situation presents a classic example of the "Prisoner's Dilemma" game: whether to confess first and gains immunity, or to stay silent in the hope that fellow defendants will do the same but that another will confess⁶.

A formação do cartel pressupõe:

a) *homogeneidade do produto e impossibilidade de sua substituição*: nunca haverá, *v.g.*, cartel de fábrica de camisas, pois há enorme possibilidade de escolha; por outro lado, forma-se cartel em torno de produtos como cimento, combustíveis e grãos (*v.g.* café) — insubstituíveis;

b) *oligopólio* (porquanto cartel implica solidariedade e segredo — circunstâncias que não se con-

cretizam num quadro de multiplicidade de empresas produtoras).

O pressuposto do *oligopólio*⁷ é também explicado por Harding *et* Joshua:

Oligopoly: A market structure comprising a relatively small number of large producers, whose individually powerful position may, according to some economic theory, naturally lead to an interdependence in market behaviour, manifesting itself in phenomena such as parallel pricing of commodities and other parallel market strategies relating to the supply of goods and services. In the context of cartel control, the problem is to distinguish such "spontaneous" parallel behaviour from anti-competitive collusion⁸.

Cartel é colusão (*coludere*: "jogar com"). *Commodities*, *widget* (produto uniforme) e concentração de empresas são fatores que favorecem a cartelização.

"Cartels, like states or companies, often differ from each other in their specific character and objectives, and the nature of their membership and consequently internal politics may vary"⁹. As formas conhecidas de formação de *cartel*, por acordo ou *prática concertada*, são¹⁰:

- a) pela fixação de preços (*price fixing* — é o modo mais comum);
- b) pela divisão de mercados;

⁷ Conquanto pressuposto da formação do cartel, nada impede que o próprio oligopólio, por si só, conduza naturalmente a uma proximidade muito grande entre preços (em face do número diminuto de concorrentes), sem que ocorra cartel.

⁸ *Op. cit.*, p. XXIV.

⁹ *Idem*, p. 32.

¹⁰ Thomas D. MORGAN chega a apresentar uma lista ainda mais detalhada acerca das múltiplas roupagens que o cartel pode assumir: "... a court should not sustain a case unless one of the following tell-tale signs of implicit collusion are observed":

- A) Fixed relative market shares;
- B) Price discrimination;
- C) Exchanges of price information;
- D) Basing point pricing in the industry;
- E) Industry-wide resale price maintenance;
- F) Significant parallel price and output changes not related to changes in cost;
- G) Evidence of new entry and declining market share of leading firms.

In: *Cases and Material on Modern Antitrust Law and its origins*. American Casebook Series. 2. ed. St. Paul, MN: West Publishing Co., 2001, p. 148-9.

⁵ *Idem*, p. 13.

⁶ *Op. cit.*, p. XXIV.

c) pelo estabelecimento de cotas de produção (como ocorreu aqui, no caso Rhône-Poulenc S.A.);

d) pelo *bid rigging* (falseamento de licitação).

Harding *et* Joshua também ilustram essa diversidade:

One of the most contentious and high profile aspects of EC competition law and policy in recent years has been the regulation of what are now usually described as cartel violations, typically involving large and powerful corporate producers and traders operating across Europe, if not also in a wider international context. Such infringements are usually based on deliberate, highly organized and covert collaborative efforts to achieve goals such as *price fixing*, *market sharing* and *production quotas*, designed to maximize profits or at least preserve profit margins in declining markets. There is now little disagreement in terms of competition theory and policy at both international and national levels about the damaging effect of such arrangements on public and consumer interests, and such cartels have become strongly and consistently condemned in the legal process of regulating and protecting competition. This therefore can be seen as the "hard end" of the enforcement of competition policy, calling up more confrontational and repressive methods of regulation yet also presenting considerable challenges to effective enforcement on account of the economic power, sophistication and determination of the typical participants in such cartels¹¹

(Grifou-se.)

A última modalidade acima elencada consta do *Competition Act 1998*:

Generally speaking, a cartel is an agreement between undertakings to fix prices or other trading condition or to share out markets. A distinctive form of cartel is known as collusive tendering or *bid rigging*... The aim of a cartel is to increase prices by restricting or removing competition between the participants. Cartels are operated secretly and can be hard to detect¹².

(Grifou-se.)

Todas essas mencionadas formas, indubitavelmente, provocam reflexos nos preços (que tendem à uniformização), objetivando a maximização do lucro.

Isso gera repercussões em todos os mercados, afetando o interesse do consumidor (e, por consequência, o interesse público¹³).

Os mesmos acima doutrinadores citados identificam quatro atores nesse processo:

- the "offenders" (large corporate actors);
- the "regulators" (competition authorities);
- the "referees" (courts of law);
- the "observers", or the view from outside (commentators, media and public)¹⁴.

A estes poder-se-ia acrescentar: os *consumidores* (precisamente as *vítimas* da conduta anticoncorrencial).

Toda essa conceituação é necessária, pois, como anotam Harding *et* Joshua, "the term cartel was virtually unknown to the American language a generation ago"¹⁵. A esse propósito, aliás, Ervin Hexner nos traz curiosas anotações históricas:

Historia de la palabra cártel

La palabra "cartel", no obstante su antigüedad de varios siglos, se empleó por primera vez en el año de 1879, para designar los mecanismos de los empresarios particulares destinados al control privado de los mercados. Empezando con el primer uso que se le dió al especificar un modelo económico, ha llevado consigo un sabor derogatorio que hasta hoy ha acompañado el término y el significado que aparentemente expresa. La manera en que ha sido empleado el término "cártel", ha aumentado la perplejidad acerca de los muchos asuntos implicados en el problema de la represión del comercio efectuado por los empresarios particulares¹⁶.

Combate-se o cartel pela *prevenção e repressão*. A ação é preventiva quando se intenta, *v.g.*, impedir atos de concentração nos quais se vislumbra efeito potencial. Adota-se medidas para evitar esse dano potencial (como, *v.g.*, impedir a celebração do

¹³ Art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.884, de 11/06/1994: "A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei".

¹⁴ *Op. cit.*, p. 4.

¹⁵ *Idem*, p. 11.

¹⁶ *Cárteles Internacionales*. México: Fondo de Cultura Económica, 1950, p. 17.

contrato) se se verificar que a fusão (ou ato que o valla) poderá trazer prejuízos à concorrência. Já quando se fala em *condutas* tem-se em mente o aspecto repressivo, entrando em cena a *regulação*, a fim de defender a liberdade de mercado, elevando a eficiência dos agentes econômicos envolvidos em relação a seus competidores.

Nessa ordem de idéias, o cartel constitui violação da ordem econômica (e não necessariamente da lei). A questão é clara, em nosso direito interno, na medida em que a Lei 8.884, de 11/06/1994, em seu art. 20, enumera os atos que constituem infração da ordem econômica “independentemente de culpa” e “ainda que não sejam alcançados” os objetivos pretendidos. Não é necessário, pois, esperar que os efeitos se produzam. É possível punir a simples “tentativa” (reveladora daquela “intenção” ou “finalidade”). O Direito da Concorrência não se preocupa apenas com o efeito atual e concreto (mas com o dano potencial — que também é punido). Por isso, a simples realização de reuniões, colocando em contato “amistoso” agentes econômicos que, pela ordem natural das coisas, deveriam se digladiar e buscar a eliminação recíproca, chama a atenção das entidades de defesa da concorrência. Comportamentos dessa natureza são sempre suspeitos.

O § 1º do art. 20 da mencionada lei ressalva: “A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico não caracteriza o ilícito previsto no inciso II” (“dominar mercado relevante de bens ou serviços”). É a eficiência, pois, que deve comandar o desenvolvimento empresarial. “*In addition, cartels impose losses on society in terms of reduced efficiency, and lower output (know as dead-weight losses)*”¹⁷.

Espera-se que numa livre economia de mercado haja competição entre agentes econômicos. Isso é natural. Como anotam Harding et Joshua, “*the cessation of rivalry is then an unexpected, unnatural and problematical market phenomenon*”¹⁸. E reportam-se à teoria evolucionista: “*(...) following Darwinian precepts, one key argument asserts that a certain level of aggressive and competitive behaviour is*

necessary for human advance and even survival”¹⁹. Especialmente no plano internacional, Charles Carabiber, já em 1967, destacava a importância da concorrência:

L'importance de la concurrence dans le marché commun

L'achèvement de l'union douanière entre les six pays du Marché Commun étant un des objectifs majeurs de la politique de la C.E.E., il y lieu d'assurer le développement de celle-ci par une concurrence accrue entre les entreprises de la Communauté, d'une part, et avec les entreprises des pays tiers, d'autre part.

Mais cette concurrence, source de la prospérité commune et garant de leur liberté économique, doit être loyale et elle ne devrait pas être faussée artificiellement par des aides d'Etat ou par des différences dans la fiscalité et le droit économique.

Cette égalité de chances entre les entreprises du Marché Commun doit exclure l'octroi par l'Etat de privilèges aux entreprises publiques dans la concurrence avec les entreprises privées. Elle doit tenir compte aussi de la nécessité de combattre la prédominance de puissantes entreprises de pays tiers²⁰.

É curioso notar que os cartéis desenvolvem seu próprio “Código de Ética”: “*(...) as a purposive organization, a cartel establishes a normative regime of its own, with internal mechanisms for controlling and enforcing modes of conduct. (...) Once established, each cartel has its own internal constitution*”²¹. Mas cabe o alerta: “*(...) the sense of alliance wich underpins the formation of cartels is also potentially fragile and unpredictable*”²².

No plano internacional, o Tratado que institui a Comunidade Européia estabelece os princípios básicos acerca da matéria, *in verbis*:

Titulo VI

As regras comuns relativas a concorrência, a fiscalidade e a aproximação das legislações

Capítulo I

As regras de concorrência

Secção 1

...

5

¹⁷HARDING et JOSHUA, 2003: 30.

¹⁸*Op. cit.*, p. 16.

¹⁹*Idem*, p. 16.

²⁰CARABIBER, 1967: 154.

²¹HARDING et JOSHUA 2003: 33.

²²*Op. cit.*, p. 35.

As regras aplicáveis às empresas

Art. 81

1. São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os *acordos* entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as *práticas concertadas* que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em:

a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;

b) *Limitar ou controlar a produção*, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;

c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;

d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;

e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.

3. As disposições no n. 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

– a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,

– a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e

– a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;

b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Art. 82

É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de for-

ma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;

b) *Limitar a produção*, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;

c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;

d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

(Grifou-se.)

Tais preceitos, que objetivam proteger a concorrência do mercado, foram explicitados pelos Regulamentos 1/2003 e 139/2004 (relativo ao Controlo das Concentrações de Empresas), do Conselho da União Europeia. “*The control of cartels is central to any effective competition policy and this is especially true of competition policy within the European Union*”²³. Enfim, o Direito da Concorrência não protege o concorrente (mas a concorrência). Visa preservar a organização do mercado. Como mencionado pelo parágrafo único do art. 1º de nossa Lei de Concorrência, “a coletividade é o titular dos bens jurídicos protegidos”.

Enfim, o caso Rhône-Poulenc encerra um *acordo entre empresas*, objetivando a *fixação de cotas de produção*, tendo em vista repartir o mercado disponível. É uma das modalidades de *formação de cartel*.

Conclusão

Richard Lewinsohn observou que a ameaça dos cartéis já era sentida por Marx:

Tendências da concentração

Quando, pouco antes de 1900, os economistas começaram a se ocupar dessas novas formas da vida económica que eram os trustes e os cartéis, tinham muita razão de ver neles dois fenómenos de uma mesma evolução. Não fora essa

²³ HARDING et JOSHUA, 2003.

evolução que pressagiara Karl Marx uma geração antes, quando o liberalismo estava no seu auge, e a que ele chamara de “centralização”, última etapa da “concentração do capital”? Sem aceitar todas as conjecturas do pensador socialista, era-se, portanto, conduzido a constatar o vigor e a rapidez dessa evolução fatal²⁴.

De lá para cá essas “concentrações” vêm se tornando cada vez mais sofisticadas e difíceis de detectar. Mas seus efeitos são sempre sentidos pelos consumidores.

Enfim, de tudo quanto até aqui foi exposto, conclui-se que a *formação de cartel*, por qualquer de suas formas, viola a *livre concorrência*, que, por sua vez, constitui lei básica da vida, como já nos ensinara Machado de Assis:

Não há morte. O encontro de duas expansões, ou a expansão de duas formas, pode determinar a supressão de uma delas; mas, rigorosamente, não há morte, há vida, porque a supressão de uma é a condição da sobrevivência da outra, e a destruição não atinge o princípio universal e comum. Daí o caráter conservador e benéfico da guerra. Supõe tu um campo de batatas e duas tribos famintas. As batatas apenas chegam para alimentar uma das tribos, que assim adquire forças para transpor a montanha e ir à outra vertente, onde há batatas em abundância; mas, se as duas tribos dividirem em paz as batatas do campo, não chegam a nutrir-se suficientemente e morrem de inanição. A paz, nesse caso, é a destruição; a guerra é a conservação. Uma das tribos extermina a outra e recolhe os despojos. Daí a alegria da vitória, os hinos, aclamações, recompensas públicas e todos os demais efeitos das ações bélicas. Se a guerra não fosse isso, tais demonstrações não chegariam a dar-se, pelo motivo real de que o homem só comemora e ama o que lhe é aprazível ou vantajoso, e pelo motivo racional de que nenhuma pessoa canoniza uma ação que virtualmente a destrói. Ao vencido, ódio ou compaixão; ao vencedor, as batatas²⁵.

Cartels in Europe. A Study of Legal Control of Corporate Delinquency. New York: Oxford University Press, 2003.

CARABIBER, Charles. *Trusts, Cartels et Ententes*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967.

LEWINSOHN, Richard. *Trustes e cartéis – suas origens e influências na economia mundial*. Trad. Silvio Rodrigues. Rio de Janeiro: Edição da Livraria do Globo, 1945.

Referências bibliográficas

ASSIS, Machado. *Quincas Borba*. São Paulo: Editora Egéria Ltda., 1978.

HARDING, Christopher et JOSHUA, Julian. Regulating

²⁴ RICHARD, 1945: 263.

²⁵ Assis, 1978.: 21-2.